



Cartagena de Indias D, T y C, nueve (09) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2015-00464-01
Demandante	IBETH ISABEL ZAPATA RODRÍGUEZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el accionante lo siguiente:

“1. Declarar la existencia de un acto ficto configurado el día 10 de julio de 2014, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 10 de abril de 2014, por el pago tardío de las cesantías a mi representado.

2. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 10 de julio de 2014, frente a la petición presentada el día 10 de abril de 2014, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles

Código: FCA - 008 Versión: 01 Fecha: 18-07-2017





después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demanda y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

3. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, por tener intereses en las resultas del proceso), le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se realicen las siguientes condenas:

1. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, por tener intereses en las resultas del proceso) a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Que se ordene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, por tener intereses en las resultas del proceso) a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).



3. Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, por tener intereses en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

4. Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, por tener intereses en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCIÓN MORATORIA reconocida en esta sentencia.

5. Condenar en costas a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, por tener intereses en las resultas del proceso) de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010."

1.2. HECHOS

Manifiesta la demandante que el día 11 de marzo (sic) de 2013, solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho por laborar como docente en los servicios educativos estatales.

Aduce que por medio de Resolución N° 1866 del 15 de octubre de 2013, le fue reconocida la cesantía solicitada; siendo cancelada el 29 de noviembre



de 2013, es decir con una mora de 181 días, contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para hacer el pago.

Que el día 10 de abril de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de la cesantía a la entidad convocada y ésta resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE NULIDAD.

- Ley 91 de 1989, Artículos 5 y 15.
- Ley 244 de 1995, Artículos 1 y 2.
- Ley 1071 de 2006, Artículos 4 y 5.

En síntesis, señala que la intención del legislador fue buscar que una vez el empleado quedara cesante en su trabajo, pudiera obtener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perderlo, pero el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los setenta días después de haberla solicitado, obviando la protección de los derechos del trabajador.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹.

En sentencia de fecha dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena concedió las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

El Juez de instancia señaló que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio cuentan con normas de orden especial para el reconocimiento de cesantías, ya sean estas parciales o definitivas, pero para su pago la entidad demandada, al no existir regulación alguna que la determine, está sometida al plazo establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, contando dicho término, es ello 45 días hábiles, a partir del momento que se vencen los tiempos determinados en el Decreto 2831 de 2005 para su reconocimiento.

¹ Folios 76 -84.



A criterio del A quo, la Ley 1071 de 2006, en lo correspondiente a los tiempos para el pago y la sanción moratoria que se puede generar por no cumplir lo mismo, sería aplicable a los docentes oficiales, pues dicho aspecto no puede quedar ni al capricho ni al arbitrio del encargado o responsable del pago, pero en especial porque la Ley en mención no reguló lo referente a la cancelación oportuna de las cesantías parciales o definitivas, aspecto no regulado por las normas especiales aplicables a los docentes, y al establecer el campo de aplicación de la misma no hizo salvedad alguna, sino que extendió sus efectos a todos los servidores públicos del Estado, condición que tienen los docentes oficiales.

Con base en lo anterior, el A quo concluyó que la solicitud de cesantías fue presentada el 11 de febrero de 2013, por tanto el 23 de abril de 2013 vencía todo el trámite establecido en el Decreto 2831 de 2005 para efecto de reconocimiento de las cesantías parciales por parte de la Nación- Fondo De Prestaciones Sociales del Magisterio.

En ese sentido, señaló la juez de instancia, que los 45 días hábiles de que disponía la entidad para proceder al pago de la cesantía parcial solicitada por la accionante, se cumplieron el 2 de julio de 2013, sin embargo estas fueron canceladas el 27 de diciembre de 2013, transcurriendo 174 días de mora.

Como consecuencia de lo anterior, la Juez de Primera Instancia condenó a la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- al pago de la suma \$18.468.278,2 por concepto de sanción moratoria debidamente indexada.

4. RECURSO DE APELACIÓN²

La parte accionada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, aduciendo que:

Sostuvo que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales es quien tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, sin embargo se diseñó

² Folios 85-91



un trámite en el que las secretarías son encomendadas en la expedición del acto, y gestión de solicitudes en general, y por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria (FIDUPREVISORA S.A) la administración de los recursos del Fondo y el pago de las prestaciones sociales.

Ahora bien, afirma que FIDUPREVISORA, procede con los pagos, luego de contar con el acto administrativo de reconocimiento emitido por la Secretaría de Educación y según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; es decir el pago se realiza cuando existe la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de resoluciones, tal y como se sostuvo en la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo Directivo del Fondo, atendiendo a la Sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001.

De igual forma manifestó que en el caso de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye el procedimiento especial aplicable, que a su vez difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y que no contempla sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. No puede entonces hacerse aplicación extensiva de la referida sanción, habida cuenta del principio de interpretación restrictiva.

Finalmente, indicó que el A quo no analizó el hecho de que el acto administrativo demandado no fue expedido por la Nación- Ministerio de Educación Nacional, sino que el reconocimiento de la pretensión como la negación del pago de la sanción moratoria se realizó por parte de la Secretaría de Educación y no contiene la manifestación de la voluntad del Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual carece de legitimación para actuar como demandada en el presente proceso, toda vez que la competencia radica legalmente en las entidades territoriales empleadoras.

En virtud de lo anteriormente expuesto, solicita que se revoque la sentencia apelada y en consecuencia se exonere a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- La Fiduprevisora S.A.



5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA³.

Mediante auto de fecha seis (06) de octubre de dos mil diecisiete (2017) se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada y, por medio de auto de veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

La parte demandada describió el traslado para alegar reiterando lo expuesto en el recurso de apelación (Fls. 26 – 34); el Ministerio Público emitió concepto.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁴.

El señor Agente del Ministerio Público emitió concepto dentro del presente asunto, solicitando se confirme la sentencia apelada, habida cuenta que al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de sanción moratoria deprecada, pero modificando la liquidación en razón a que la fecha efectiva de pago fue el 19 de noviembre de 2013 y no el 27 de diciembre de esa anualidad como concluyó el A quo.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

³ Folios 4 y 8, cuaderno de segunda instancia.

⁴ Folios 11-25, cuaderno de segunda instancia.



V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Tiene derecho el demandante a que se reconozca y pague la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, derivada del no pago oportuno de sus cesantías parciales causadas con ocasión de su desempeño como docente?

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, se debe determinar si es a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde asumir el pago de la sanción moratoria.

3. Tesis de la sala.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en consideración a que, los docentes tienen derecho como los demás servidores públicos al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; no obstante revocará parcialmente el fallo apelado en cuanto a la indexación de la sanción moratoria por no ser procedente, modificará el numeral segundo en el sentido de precisar el período en que debe reconocerse la sanción moratoria; así mismo, el cumplimiento del restablecimiento del derecho le corresponde es a la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y no a la previsor ni a la entidad territorial, debido a que la primera simplemente administra los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la



segunda si bien expide el acto administrativo correspondiente, actúa como delegataria de la Nación.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes.

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda, entre otros.

Por su parte, la sanción moratoria se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 y tiene lugar siempre que al momento del retiro del servicio o de la terminación del contrato, la entidad pública pagadora incumpla los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales. Al respecto señalan los artículos 1 y 2 de la mencionada ley:

“ARTÍCULO 1º Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 2º La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto



administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste."

La citada norma fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006⁵, así:

"Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, **empleados y trabajadores del Estado** y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

⁵ Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.



Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

Artículo 6°. Inspección, vigilancia y control. Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los Servidores Públicos, cumplan con los términos señalados en la presente ley.

Igualmente, vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución." (Negrillas y subrayas nuestras).

En cuanto a la aplicación de la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, para el caso de los docentes del sector público, en **SU-336 del 18 de mayo de 2017**, la Corte Constitucional precisó que dicho régimen es aplicable, toda vez que el objetivo del legislador fue desarrollar el inciso final del artículo 53 de la Constitución Nacional, en virtud del cual la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, ya que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente a los trabajadores por cuanto es el fruto de su sustento y el de sus familias, razón por la cual el pago de la cesantía debe ser oportuno.

En conclusión, la Corte Constitucional considera que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989, garantizando en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.



4.2 Sobre el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de docentes, y la responsabilidad frente a las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos de reconocimiento.

El artículo 3° de la Ley 91 de 1989 dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos que deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, con el fin de que asumiera el pago de las prestaciones sociales de los docentes. A su vez, el artículo 9° de la citada ley indica que **las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional**, función que se delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

En armonía con las anteriores disposiciones, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994 ordena que las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado sean reconocidas por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el educador, e igualmente que el acto administrativo de reconocimiento de las mismas debe constar en una resolución que lleve, además, la firma del coordinador regional de prestaciones sociales del mismo Ministerio, en la respectiva regional.

En ese mismo orden, se tiene que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, señala:

"RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial".

Por su parte, el Decreto 2831 de 2005, por medio del cual se reglamenta el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispone:

"Artículo 2° Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la



dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...)

En igual sentido, el artículo 3° del decreto en cita expresa:

*“Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada **a través** de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petitionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme. (...)”

Ahora bien, en decisión de la Subsección “B” de la sección Segunda del H. Consejo de Estado, se hizo un exhaustivo análisis que se comparte en su integridad por esta Sala, respecto a la responsabilidad que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente al reconocimiento y pago de



las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados, en el que señaló:

"Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente⁷.

No obstante lo anterior, y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, **cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.**

La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar⁸ una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, **ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo."** (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, es claro para esta Sala de Decisión que en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y

⁶ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección "B" Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del 14 de febrero de 2013, radicación No. 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12), Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS, Demandado: FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-AUTORIDADES NACIONALES

⁷ En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos."



nacionalizados intervienen, tres entidades: la Secretaría de Educación de la entidad territorial, donde presta sus servicios el docente, la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo.

Sin embargo, para efectos fiscales y patrimoniales, los recursos que se afectan con cualquier decisión relativa a las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, son los de este Fondo, que es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, **está representada por el Ministerio de Educación Nacional** y tiene como finalidad de acuerdo al artículo 5° de la Ley 91 de 1989, el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, es decir de los docentes.

Las condenas relativas o que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente, no obstante la responsabilidad disciplinaria y fiscal en que incurran los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a eso hubiere lugar.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

5.1.1. La accionante radicó ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, solicitud de reconocimiento de cesantías parciales el **11 de febrero de 2013**; la cual fue resuelta por dicha entidad mediante **Resolución N° 1866 del 15 de octubre de 2013**, por la cual ordenó reconocer la suma de **\$25.137.199** por concepto de liquidación de cesantías parciales con destino a construcción (Fls. 20 - 22).

5.1.2. Dicha resolución fue notificada personalmente el **1° de noviembre de 2013**, según sello de diligencia de notificación (Fl. 22 Vto.), no habiendo



constancia de que contra la misma se haya interpuesto recurso -sólo procedía el recurso de reposición dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación.

5.1.3. Obra en el expediente constancia de pago de las cesantías de fecha **29 de noviembre de 2013**, por valor de \$25.137.199 (Folio 18).

5.1.4. Se encuentra acreditado, que el día **10 de abril de 2014**, el accionante presentó petición ante el Ministerio de Educación Nacional solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. (Fls.26 - 29).

5.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente caso se tiene que, la accionante **solicitó el reconocimiento y pago** de sus cesantías parciales, **el día 11 de febrero de 2013** y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tenía quince (15) días hábiles para dictar el acto de reconocimiento de las mismas, y remitirlo a la Sociedad Fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del fondo para que, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, impartiera su aprobación o indicara de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informara de ello a la respectiva secretaría de educación; cinco (05) días para la notificación del acto administrativo y diez (10) días más para que éste quedara ejecutoriado⁹; posteriormente, tres (03) días para la remisión del acto administrativo a la fiduciaria y 45 días hábiles para pagar.

No obstante, se probó que **expidió el acto que reconoció las cesantías contenido en Resolución N° 1866 de 15 de octubre de 2013**, la cual se le **notificó el 1° de noviembre de 2013**, y su **cancelación** se hizo efectiva el día **29 de noviembre de 2013**.

El cronograma que debió cumplir la demandada es el siguiente, de acuerdo con el Decreto 2831 del 2005:

⁹ De conformidad con el artículo 76 del CPACA



Radicación de la solicitud	11-02-2013
Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación (15 días)	Hasta el 04-03-2013
Aprobación del proyecto por la Fiduciaria (15 días)	Hasta el 26-03-2013
Notificación del acto administrativo (5 días)	Hasta el 04-04-2013
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	Hasta el 18-04-2013
Remisión del acto administrativo a la fiduciaria (3 días)	Hasta el 23-04-2013
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 02-07-2013

Como consecuencia de lo anterior, evidencia la Sala, que la entidad demandada omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías parciales de la accionante, razón por la cual tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria durante el tiempo en que se le retardó el pago de su cesantía, es decir, **desde 3 de julio de 2013 hasta el 28 de noviembre de 2013.**

Para la Sala tampoco son de recibo los argumentos expuestos por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, referentes a la no aplicación de sanción moratoria en favor de los docentes por tener un régimen especial. En torno a dichos argumentos, debe indicarse en primer lugar que, para el caso de los docentes del sector público también es aplicable la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por criterios de igualdad laboral frente a otros empleados públicos del Estado y atendiendo a una interpretación finalista de la ley, tal como quedó plasmado en el marco normativo y jurisprudencial aquí expuesto.

Además de lo anterior, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de



mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente, máxime cuando se trata de una empleada como la que aquí demanda, que prestó sus servicios como docente en el Departamento de Bolívar desde el año 1994 (Fl. 20).

Conforme lo anterior, es claro que el acto administrativo ficto o presunto negativo está viciado de nulidad, por vulneración de las normas en que debía fundarse, concretamente, de la Ley 1071 de 2001 modificatoria de la Ley 244 de 1995, como lo decidió el A quo.

Por otro lado, ha de precisar la Sala, tal y como se expuso en el marco normativo de esta providencia que, la Ley 91 de 1989 es clara al indicar que las prestaciones sociales que pague el Fondo *serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, función que se delegará en las entidades territoriales; es decir, en las secretarías de Educación departamentales o distritales; entidades a las cuales no se les puede atribuir responsabilidad alguna a pesar de ser ellas quienes expiden los correspondientes actos administrativos, debido a que actúan como delegatarias de la Nación.*

Por lo anterior, se precisa que no puede atribuírsele a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, obligaciones que la ley no le ha asignado, pues como se analizó, sus funciones se limitan a la proyección y suscripción de los actos administrativos que reconozcan o nieguen prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio, más no le corresponde efectuar o materializar el pago que de ellos emane, toda vez, que es la Fiduciaria con quien ha contratado previamente la Nación – Ministerio de Educación Nacional la que está obligada a tal cometido.

Así las cosas, esta Sala considera que las condenas relativas o que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente, ello, no obstante la



responsabilidad disciplinaria y fiscal en que podrían verse incursos los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a eso hubiere lugar, de allí que en el presente caso la condena será dirigida exclusivamente a la Nación –Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos por delegación por la Secretaría de Educación Departamental, radican únicamente en cabeza de la primera.

Por otra parte, el demandante solicitó el ajuste de valor de la sanción moratoria, lo que para esta Magistratura resulta improcedente por las razones que de manera reiterada ha expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en distintas oportunidades, entre en la sentencia de 17 de noviembre de 2016, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" C.P. Dr. William Hernández Gómez, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01, donde expresó lo siguiente:

"¿Hay lugar a los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No hay lugar a ordenar los ajustes de valor de acuerdo al IPC en los casos de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contemplado en la Ley 1071 de 2006, como a continuación se argumentará.

Sobre el particular es pertinente citar la jurisprudencia que indica la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda en este punto, a saber: "[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]" (Subraya de la Subsección).

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria."



En aplicación del criterio anterior, para la Sala de Decisión no es procedente el ajuste de valor de la sanción moratoria, entre otras razones, en defensa del patrimonio público que resultaría ilegalmente afectado.

Conforme lo expuesto en precedencia, la Sala revocará parcialmente el fallo apelado en cuanto a la indexación de la sanción moratoria por no ser procedente, modificará el numeral segundo en cuanto al período en que debe reconocerse la sanción moratoria, que como se indicó en precedencia, es el comprendido entre el 3 de julio de 2013 al 28 de noviembre de 2013, condena equivalente a 149 días de mora, teniendo en cuenta el salario devengado por la demandante en el término en que transcurrió la mora; la Sala confirmará en lo demás la sentencia apelada.

6. Condena en Costas.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, a quien se le resolvió parcialmente desfavorable el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia de fecha dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en cuanto a la indexación de la sanción moratoria, por las razones expuestas en el parte motiva de esta providencia; en su lugar, **NEGAR** dicha pretensión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de fecha dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:



"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer y pagar a la señora IBETH ISABEL ZAPATA RODRÍGUEZ identificada con C.C. N° 32.741.762, la sanción moratoria equivalente a un (01) día de salario por cada día de mora en el pago de las cesantías parciales, que en el sub examine corresponde al período comprendido entre el 3 de julio de 2013 hasta el 28 de noviembre de 2013, equivalente a 149 días de mora; teniendo en cuenta el salario devengado por la demandante en el término en que transcurrió la mora".

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

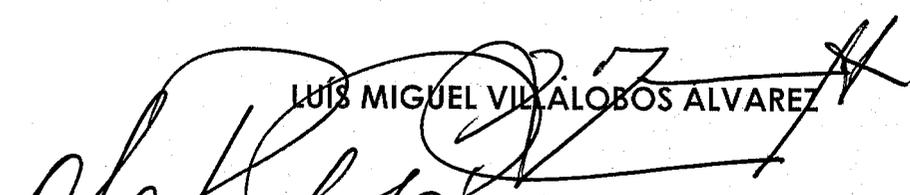
CUARTO: Sin condena en costas.

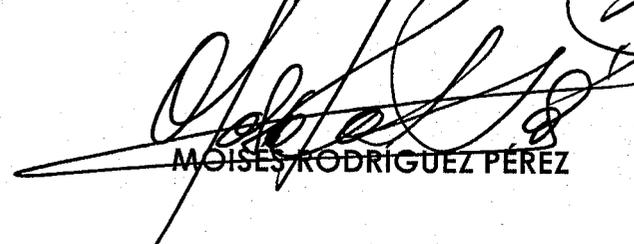
QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

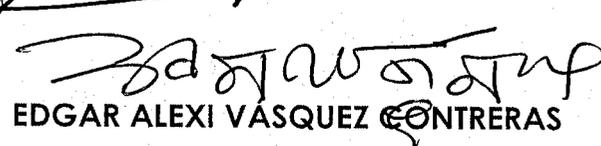
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha, según consta en Acta No. ____

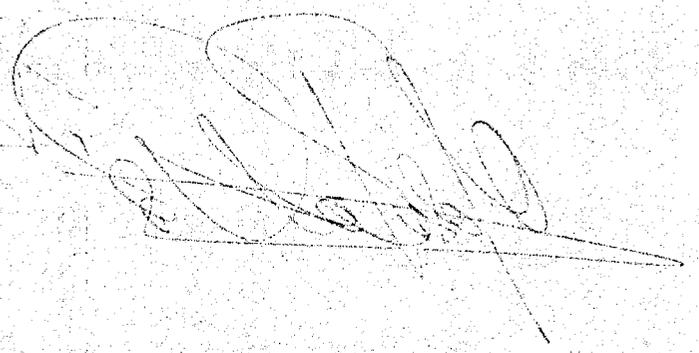
LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

1952, 1953

A handwritten signature in dark ink, featuring several large, overlapping loops and a long, sweeping horizontal stroke at the bottom. The signature is positioned to the right of the date '1952, 1953'.